

EL CONTROL PREVENTIVO DE LA HACIENDA PÚBLICA MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS*

ROBERTO A. COSUNDINO**

Resumen: Este trabajo reseña el modelo de control preventivo de los actos administrativos relacionados mediata o inmediatamente con la hacienda pública de los municipios de Entre Ríos. Primeramente, se delimita el concepto de control preventivo, y luego se introduce en el análisis de los dos órganos de control municipal: interno (Contaduría Municipal) y externo (Tribunal de Cuentas de la Provincia), para concluir con algunas ideas relacionadas con esta modalidad de control público. Entre ellas, y para crear un ámbito propicio para el desarrollo del control preventivo interno, se indica que la Contaduría Municipal debe ser un órgano de control autónomo, su máxima autoridad debe durar ocho años en sus funciones con la posibilidad de ser designada para un periodo más y, además, nombrarse por concurso; todo ello, tal como lo hace la Constitución para la Contaduría Provincial. Con relación al control preventivo externo municipal, el cual actualmente se encuentra en manos un órgano provincial, se indica que luego de la última reforma constitucional de la Provincia y en un marco de autonomía municipal, este necesariamente debe ejercerse por un órgano o ente municipal.

Palabras clave: control preventivo — contaduría municipal — tribunal de cuentas — hacienda pública — municipalidades de entre ríos

Abstract: The work reviews the model of preventive control of administrative acts related mediate or immediately with the public finances of the municipalities of Entre Ríos. First, the concept of preventive control is delimited, and then it is introduced in the analysis of the two municipal control bodies: internal (municipal accounting) and external (Court of Accounts of the province), to conclude with some ideas related to this modality of public control. Between them,

* Recepción del original: 19/09/2019. Aceptación: 04/11/2019.

** Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

and to create an environment conducive to the development of internal preventive control, it is indicated that the municipal accountant must be an autonomous control body, its maximum authority must last eight years in its functions with the possibility of being designated for another period, and in addition, to be named by contest; all this, as does the constitution for the provincial accounting. In relation to the municipal external preventive control, which is currently in the hands of a provincial body, it is indicated that after the last constitutional reform of the Province and in a framework of municipal autonomy, it must necessarily be exercised by a municipal body or entity.

Keywords: preventive control — municipal accounting — court of accounts public estate — municipalities of entre ríos

I. INTRODUCCIÓN

En la última década, quizás como nunca antes en su historia, el control preventivo en la Provincia de Entre Ríos ha tenido en su aspecto normativo un cambio sustancial que se trató —no sin sobresaltos— de una evolución.

El punto de partida fue la reforma constitucional de 2008, que tuvo la virtud de introducir por primera vez dentro del texto constitucional un mandato expreso sobre el control preventivo externo de la hacienda pública: “En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen” (art. 213 inc. 1º). A esta disposición, le sucedieron muchas otras de inferior jerarquía que abordaron igual temática en el ámbito provincial y municipal.

Este nuevo marco normativo, en cierta manera, hizo resurgir el interés sobre esta temática local, la cual presenta para su estudio tres desafíos sustanciales: 1) su regulación asistemática; 2) su vinculación directa e indirecta con diversas disciplinas —por ejemplo, derecho constitucional, administrativo, municipal, financiero y, dentro de este último, el derecho tributario y el derecho presupuestario—; y 3) su escaso desarrollo en la doctrina jurídica actual.

En este marco, y transcurrida más de una década de la última reforma constitucional, nos proponemos abordar, desde una óptica constitucional, la temática del control administrativo de la hacienda pública municipal y, particularmente, su control preventivo, con la mirada puesta en que tal modalidad de control se consolide como una herramienta fundamental para evitar el daño al interés público.

Antes de avanzar con el tema haremos una aclaración: por razones de síntesis titulamos este artículo "El control preventivo de la hacienda pública municipal en Entre Ríos". Sin embargo, esta modalidad de control se ejerce sobre los actos administrativos relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública (y no sobre la hacienda pública en sí misma). Es por eso que, en rigor, cabe decir que abordamos el siguiente tema: el control preventivo de los actos administrativos relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública municipal en la Provincia de Entre Ríos.

II. CONTROL PREVENTIVO

II.A. El control y su especie: el control preventivo

El control es una actividad de comprobación de lo hecho con respecto a un parámetro o patrón, precisamente, de comprobación (por ejemplo, de legalidad, juridicidad, gestión, oportunidad, etcétera).

Una de sus especies, la que aquí tratamos, es el control preventivo, el cual se ejerce con anterioridad al dictado del acto administrativo referido a la hacienda pública, o luego de dictado este y antes de que adquiera eficacia, es decir, antes de que produzca efectos jurídicos mediante la notificación, la publicación y su final ejecución.¹

Ivanega divide este control en previo y preventivo, según suceda antes o después de dictado el acto administrativo: "El control previo es aquel que se practica antes de la emisión del acto administrativo considerado definitivo" y "el control preventivo es aquel que se practica sobre los actos administrativos ya dictados previo a su eficacia".²

En otro criterio, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas utiliza indistintamente estas expresiones para referir al control público:

"Control *Previo*: corresponde al Tribunal de Cuentas ejercer el control interno *preventivo* de la gestión financiera patrimonial de la Administración

1. Complementan esta categoría el control concomitante, el cual es aquel que se realiza en forma simultánea con la ejecución del acto, y el control posterior, que se erige como aquel que se realiza luego de ejecutado el acto administrativo.

2. IVANEGA, *Control Público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, p. 101.

Pública, en el caso previsto en el artículo 142° de la Constitución" (art. 42°, el destacado es nuestro).

La Constitución de Entre Ríos utiliza la terminología "preventivamente" (art. 210) y control desde el "origen" (art. 213), sin aludir a la expresión "control previo". La Ley Orgánica Municipal de la Provincia de Entre Ríos N° 10.027, modificada por la ley N° 10.082 (en adelante, LOM), dispone que el contador "intervendrá *preventivamente*" (art. 137 *in fine*, el destacado es nuestro).

Por nuestra parte, optamos por la denominación "preventivo" para referir a esta modalidad de control dado que, por un lado, es la denominación constitucional y legal y, por el otro, es el vocablo que con mayor precisión expresa el objetivo de esta modalidad de control, tal como indicaremos a continuación.³

II.B. Finalidad

El control sirve a la organización pública en su totalidad y, por ende, al ordenamiento y no al acto controlado (o a su procedimiento), al menos, directamente. Dromi indica que el control tiene por fin "salvaguardar las normas y principios jurídicos, precisamente sobre la base de la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de actos no conformes a Derecho".⁴ En similar orientación, Parejo Alfonso ubica la finalidad del control en la "preservación constante de la estructura y el funcionamiento del Estado".⁵

Particularmente, sobre la finalidad del control preventivo, Sesín indica:

"Por sobre los intereses del gobierno de turno o de la burocracia, se encuentran los intereses de la sociedad; y a esta esencialmente le interesa que el acto viciado se suspenda, que no se ejecute en perjuicio de la comunidad. Mientras antes lleguemos, es mejor. Más que el castigo, la sociedad prefiere la prevención (evitando el perjuicio al interés público), el respeto al orden jurídico, la eficiencia, la eficacia y economicidad".

Luego expresa:

3. Téngase en cuenta que la correcta interpretación de estas expresiones resulta esencial a los efectos de no distorsionar las competencias de los órganos de control.

4. DROMI, *Introducción al Derecho Administrativo*, p. 101.

5. PAREJO ALFONSO, "El control del poder público en la Constitución Española".

“Poco sirve un órgano de control externo con gran infraestructura organizacional y alta especialización técnica si solo realiza un control posterior, analizando la eventual responsabilidad de los funcionarios, con la tendencia a justificar lo que ya fue. Su actuación es histórica, le queda la nostalgia de no poder retrotraer las circunstancias pasadas. El pueblo reclama efectividad de los órganos de control, no quiere solo un efecto declarativo, declamativo o eventualmente resarcitorio. Muchas veces, ni siquiera esto último es posible, ya que si el perjuicio es millonario no alcanzan los patrimonios personales de los funcionarios para reparar el daño”.⁶

En Entre Ríos, en el ámbito de la Convención Constituyente de 2008, se puso en relevancia la finalidad de esta modalidad de control por sobre el control posterior. En este sentido, el convencional Federik expresó:

“¿De qué nos vale un control posterior? No digo que no sea significativo o importante, pero el control posterior se hace dos años o un año después de que se hizo el gasto. Nosotros queremos que no pase tanto tiempo, que haya un control eficaz, efectivo, concreto, y nadie mejor que el Tribunal de Cuentas para estos casos”.⁷

Estas ideas tuvieron su correlato en el texto constitucional.

II.C. Objeto material

El control que aquí reseñamos recae sobre la actividad materialmente administrativa relacionada con la hacienda pública realizada en el ámbito de cualquier órgano municipal.

Es por eso que quedan excluidas de esta especie de control los siguientes actos o actividades: los *reglamentos de ejecución* (es decir, aquellos en los cuales se establecen los pormenores y detalles de las ordenanzas sancionadas por el Concejo Deliberante) y los *reglamentos autónomos* (es decir, aquellos que regulan materias de competencias propias del Departamento Ejecutivo), excepto en las partes que tengan contenido específicamente hacendal.

6. Sesión, “Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance ...”, p. 300.

7. Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10ª sesión ordinaria, 16/05/2008.

También quedan excluidos los *actos de gobierno*, es decir, aquellos que según Sesín son:

“Una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho”.⁸

Ejemplos de esos actos de gobierno en la LOM son la atribución de convocar a elecciones municipales (art. 54) o llamar a consulta popular (art. 107 inc. s), entre otros.

La misma exclusión opera con los *actos institucionales*, es decir, aquellos actos que conforme enseña Bidart Campos están destinados a la

“*organización y subsistencia del Estado*, o sea que se localiza inmediatamente en el derecho constitucional del poder y traduce relaciones interórganos o intra-órganos sin ninguna relación directa e inmediata con los particulares”.⁹

Dentro de la LOM podemos enumerar la facultad del presidente municipal de convocar al Concejo Deliberante a sesiones extraordinarias (art. 107 inc. e), prorrogar las sesiones ordinarias del Concejo Deliberante (art. 107 inc. d), designar juez de faltas previo acuerdo de los miembros del Concejo Deliberante (art. 119), entre muchos más.

Así también, están excluidos del alcance del control funcional que aquí tratamos los *actos dictados en ejercicio de la potestad sancionadora* de la municipalidad, sea con relación a agentes públicos (disciplinaria) o personas ajenas a la administración (correctiva), dado que carecen de incidencia hacendal.

Y, por último, las *ordenanzas* dictadas por el Concejo Deliberante y las *resoluciones* del juzgado de faltas quedan indudablemente excluidas dado que no se trata de actividades administrativas, sino de actividades legislativa y jurisdiccional, respectivamente.

8. SESÍN, “El contenido de la tutela judicial...”, p. 322.

9. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo III, p. 280.

II.D. Alcance del control

En nuestro marco jurídico, el control preventivo de los actos administrativos municipales relacionados directa o indirectamente con la hacienda pública tiene como parámetro normativo de comprobación todo el ordenamiento jurídico vigente, es decir que se realiza un control preventivo de juridicidad del acto, y no de legalidad (en sentido estricto).¹⁰

Ello porque a la Constitución Provincial no le interesa que el funcionario público cumpla con la ley y la ordenanza si, a su vez, incumple la Constitución Nacional, Provincial, y/o los tratados internacionales, y como correlato de ello, tampoco le interesa que un órgano de control fiscalice el cumplimiento de la ley y la ordenanza si, a su vez, omite controlar el cumplimiento de la Constitución Provincial, nacional, y/o los tratados internacionales.

Lo expresado se deriva de una interpretación sistemática de los siguientes mandatos insertos en la Constitución Provincial: 1) El art. 4 determina que los funcionarios y empleados municipales (léase sus actos) están sujetos a la Ley Suprema de la Nación, la Constitución Provincial y las leyes que en su virtud dicte la Legislatura. A lo que agregamos los tratados internacionales. Es decir, solamente se concibe la actuación pública ajustada a todo el ordenamiento jurídico; 2) los arts. 61, 65, 205, 207 y 209 otorgan al concepto de "legalidad" el sentido de "juridicidad", es decir, la entienden como cumplimiento de la totalidad ordenamiento jurídico vigente; y, por último, 3) el art. 238 inc. d. indica que las Cartas Orgánicas Municipales deberán asegurar "un sistema de contralor interno y un organismo de control externo de las cuentas públicas". Resultaría irrazonable que, por un lado, el Constituyente provincial haya ordenado que las cartas orgánicas municipales deban asegurar tales sistemas de control público y que, por otro lado, interpretemos que ese sistema de control público no deberá controlar el cumplimiento de la misma Constitución que lo instituyó.¹¹

10. Sesín indica que "con el control de juridicidad, la estrategia o metodología de fiscalización no debe construir su silogismo lógico jurídico sobre la base solo de la ley, sino revisar el acto con un criterio amplio de adecuación a la unicidad del orden jurídico". SESÍN, "El contenido de la tutela judicial...", p. 296.

11. Sobre esta cuestión y en referencia al Tribunal de Cuentas, Rosatti ha expresado: "[...] el Tribunal debe realizar el control sobre la legalidad del acto analizado (tanto en el aspecto material como en el formal)". ROSATTI, *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, p. 208. El autor le da al término legalidad el alcance de juridicidad: "[...] principio de legalidad

Esta interpretación sistemática es posible dado que el control, por su naturaleza, no restringe derechos constitucionales. Además, es la única interpretación que cumple con la finalidad misma del control público; la cual, como dijimos anteriormente, es servir al ordenamiento, a los principios jurídicos y a la preservación de la estructura y el funcionamiento del Estado definidos por la norma fundamental, es decir, la Constitución.

Efectuar un control de juridicidad del acto en lugar de un control de legalidad (en sentido estricto) no modifica sustancialmente la magnitud de la tarea de los órganos de control, dado que la mayoría de los mandatos que regulan la hacienda pública municipal introducidos en la Constitución Provincial, Nacional y/o tratados internacionales son reproducidos y/o reglamentados en normas de inferior jerarquía (v. g. ordenanzas locales y/o Ley Orgánica de Municipios). Es así que, controlando que se cumpla la ley, se estará, en muchos casos, controlando indirectamente que se cumpla la Constitución.

En suma, a los efectos de realizar el control preventivo se deberá confrontar el acto administrativo municipal de contenido hacendal con todo el ordenamiento jurídico. A tales efectos y a título ilustrativo, mencionaremos algunos parámetros relevantes de comprobación insertos en cuerpos normativos de diferentes jerarquías.

En primer lugar, la Convención Interamericana contra la Corrupción dispone que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales destinadas a crear, mantener y fortalecer, entre otros, los "sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas" (art. III inc. 5).^{12 13} Por su parte, la Convención de las Naciones

(o, más propiamente, del principio de juridicidad, puesto que el derecho no se agota con la ley)". ROSATI, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 157.

12. Gordillo considera que esta Convención impone una obligación de resultado, la cual es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal. Es por eso que, según el autor, la ineficiencia es ilegal y genera responsabilidad en derecho administrativo interno e internacional, por contrariar el requisito que exige el art. III inc. 5° de la CICC. GORDILLO, "Un corte transversal al derecho administrativo...", p. 10.

13. Gordillo indica valiosas pautas de interpretación de esta Convención: "La CICC debe aplicarse con razonabilidad y adecuación de medio a fin, no en bagatelas o cuestiones insignificantes que distraen la atención de los asuntos mayores. No busquemos los ladrones de gallinas sino los delincuentes o malos inversores de fondos públicos dotados de entidad. Ello es fácil, se mide por el monto de la contratación. No incurramos en el viejo y conocido

Unidas contra la Corrupción también contiene valiosas disposiciones a los efectos de ejercer el control preventivo, particularmente, referente a los principios de la contratación pública.¹⁴

En ámbito provincial, el artículo 80 de la Constitución indica que:

“Toda enajenación de los bienes del fisco o del Municipio, compras y demás contratos susceptibles de licitación, se harán en esta forma y de un modo público, bajo pena de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades emergentes”.

Por su jerarquía y trascendencia en el manejo de la hacienda pública, se trata, sin dudas, de una de las disposiciones de mayor relevancia en el ejercicio del control preventivo.

truco del ex Tribunal de Cuentas de la Nación: lo grande pasaba, lo chico se objetaba. Algunos lápices mal comprados, caros e innecesarios, entran dentro del principio penal de la ‘bagatela’ o del administrativo de la ‘falta de proporcionalidad’: no es para esas pequeñas cosas que se dicta, ni se puede interpretar que se dicta, una convención interamericana. Debemos pues aplicarla especialmente en las grandes contrataciones, a los grandes asuntos. Se trata entonces de buscar y castigar los actos públicos de sustancial deshonor, ineficiencia, dilapidación y no preservación de recursos públicos, las grandes muestras de falta de integridad, los grandes actos de injusticia, etc.”. GORDILLO, “Un corte transversal al derecho administrativo...”, p. 7. 14. Las mismas se hallan insertas en el artículo 9, el cual bajo el título de “Contratación pública y gestión de la hacienda pública” indica que: “1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.

En el ámbito legal, resulta esencial el artículo 159 de la LOM, el cual contiene la regla que rige las contrataciones municipales: licitación pública; y, además, enumera sus excepciones.¹⁵

Así también, dentro de la misma ley, resulta relevante el artículo 161, que expresa:

“No serán admitidos a contratar los deudores morosos del Municipio, o aquellos que no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a contratos hechos anteriormente con el Municipio, en cualquiera de sus reparticiones. Asimismo, no podrán ser proponentes los empleados del Municipio y funcionarios de las distintas ramas de la administración”.

De esta manera, la disposición plantea tres supuestos de prohibición de contratación con la Municipalidad. En primer lugar, refiere a los *deudores morosos del Municipio*. Esta objetable prohibición incluye cualquier deudor de la Municipalidad. Sin embargo, tendrá su mayor incidencia cuantitativa sobre los deudores de obligaciones tributarias. Decimos que es objetable porque ante la existencia de un deudor moroso municipal es imperativo proceder al cobro de la deuda, conforme los instrumentos legales que la legislación contempla (por ejemplo, ejecución fiscal, con relación a

15. El referido artículo indica que: “Toda adquisición o contratación que no se refiera a servicios personales, deberá ser hecha por contrato y previa licitación pública, pero podrá prescindirse de esas formalidades en los siguientes casos: a) Licitación privada: cuando la operación no exceda de los cien (100) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal vigente; b) Concurso de precios: cuando la operación no exceda de los cincuenta (50) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal vigente; c) Contratación directa: c.1. Cuando la operación no exceda de cinco (5) sueldos básicos de la categoría inferior del escalafón municipal; c.2. Cuando sacada hasta segunda vez por licitación, no se hubiesen hecho ofertas o estas no fueran admisibles; c.3. Cuando se compre a reparticiones oficiales nacional, provincial o municipal y a entidades en las que el Estado tenga participación mayoritaria; c.4. La reparación de motores, máquinas, automotores y aparatos en general que no estén sujetos a mantenimiento preventivo y deba ejecutarse con urgencia; c.5. Cuando tratándose de obras de ciencia o arte, su ejecución no pudiera confiarse sino a artistas o personas de probada competencia especial; c.6. Cuando se tratase de objetos o muebles cuya fabricación perteneciese exclusivamente a personas favorecidas con privilegio de invención. Los Concejos Deliberantes dictarán normas estableciendo el régimen de compras y suministros, y de contrataciones de obras públicas. Hasta tanto no se sancione dicha ordenanza, será de aplicación el régimen de contrataciones provincial vigente”.

las deudas tributarias), sin necesidad de excluir al deudor de la posibilidad de contratar con la Municipalidad. Además, esta prohibición podría ser eventualmente contraria a los intereses de la Municipalidad. Ello porque, en determinados casos, puede ser beneficioso que un deudor moroso de una Municipalidad gane una licitación (luego de presentar la oferta más conveniente), para así poder, conforme la legislación vigente, compensarse la deuda, dado que el deudor reunirá al mismo tiempo el carácter de deudor y acreedor de la Municipalidad. En segundo lugar, excluye a quienes *no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a contratos hechos anteriormente con el Municipio*. Nótese que esta prohibición refiere a aquellas personas que no hubieran dado cumplimiento satisfactorio a "contratos" (es decir, utiliza el plural); lo cual, conforme al criterio restrictivo que impera en la materia, lleva a concluir que para aplicarse (es decir, para operar la exclusión del oferente), debe existir el incumplimiento de, al menos, dos contratos públicos. Esta prohibición también es objetable. Ello porque ante incumplimientos contractuales basta con sus consecuencias propias (que surgen del mismo contrato y la legislación vigente: por ejemplo, rescisión, multas, indemnizaciones, etcétera); sin que sea necesario ni conveniente extender las consecuencias a la prohibición de contratar con la Municipalidad por el resto de la vida del sujeto incumplidor (tal como pareciera preverlo la legislación comentada).¹⁶ Y, por último, indica que *no podrán ser proponentes los empleados del Municipio y funcionarios de las distintas ramas de la administración*. Esta disposición prohibitiva contiene a dos sujetos con realidades diferentes: el empleado municipal y el funcionario municipal. En el caso del empleado municipal, es una disposición —en principio— irrazonable dado que estos no tienen poder de decisión ni de mando, y se limitan a preparar o ejecutar lo decidido por una autoridad superior. En el caso de los funcionarios, dado que tienen poder de mando, decisión o iniciativa, la prohibición de contratar tiene cierta razonabilidad, la cual se ve particularmente incrementada en el caso de aquellos funcionarios que tienen en sus manos el manejo o el control de la hacienda

16. Acierta González Elías cuando considera que la prohibición de contratar dispuesta en relación con deudor municipal moroso y al incumplidor de contratos municipales vulnera el principio de concurrencia y abre "paso a la posibilidad de que los proponentes que se hubieran impedido de participar en actos licitatorios por tales impedimentos obtengan resoluciones judiciales favorables a su admisión". GONZÁLEZ ELÍAS, *Nuevo Régimen Municipal Entrerriano*, p. 226.

pública: presidente municipal, secretario de hacienda, contador, tesorero, etcétera. En estos sujetos, que manejan la hacienda pública, la prohibición legal de contratar se debió extender a las personas jurídicas en cuyo capital participen. Tal como adelantamos anteriormente, la interpretación de estas prohibiciones de contratar debe tener carácter restrictivo respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o análoga. Es así porque restringen derechos constitucionales.

Además, a los efectos de ejercer el control preventivo, se deberá tener en cuenta, por un lado, la ordenanza de contabilidad municipal o, en caso de que esta no exista, será de aplicación la Ley de Contabilidad de la provincia (art. 142 LOM) y, por el otro lado, el régimen de compras y de contrataciones de obras públicas municipales. En caso de que no haya sido dictado en el ámbito municipal, será de aplicación el régimen de contrataciones provincial vigente (art. 159 último párrafo, LOM).

De los cuerpos normativos referidos surge que, sustancialmente, los órganos de control deberán controlar, si se cumplen los siguientes recaudos: 1) existencia de obligación de pagar suma líquida; 2) crédito presupuestario suficiente (en concepto y monto); 3) competencia del funcionario público que contrajo la obligación; y 4) en relación con el procedimiento de selección del contratante (integrado por los actos de aprobación del pliego, de autorización, de llamado a licitación, y de adjudicación del contrato), se deberá controlar el cumplimiento de los principios de publicidad, libre concurrencia, igualdad, transparencia y adjudicación de la oferta más conveniente, los cuales derivan del ordenamiento jurídico vigente.

Por último, debe tenerse presente que los órganos de control tienen vedado ponderar el mérito o conveniencia del acto administrativo municipal, porque este examen político es propio del órgano deliberativo, que en el ámbito municipal es el Concejo Deliberante.

II.E. Externalidad

El control es absolutamente externo al acto administrativo, dado que la actividad administrativa de control no integra ninguno de sus elementos ni hace a su validez. Es claro que no podría ser parte del acto y, a su vez, controlarlo.¹⁷

17. Barra emplea una interesante analogía para ayudarnos a comprender esto: "el acto nunca 'es su control', como tampoco [...] el control de calidad del agua, p. ej., las sustancias

En cambio, cuando la ley así lo determina, puede afectar la posibilidad de ponerlo inmediatamente en ejecución, es decir, afectar su eficacia.¹⁸

Debido a ello, los funcionarios a cargo del control público no pueden formar parte de ninguno de los actos que integran el procedimiento del acto administrativo dado que luego deberán controlarlo.

Ello le impide, por ejemplo, al contador municipal integrar una “junta evaluadora” de pliegos en una licitación o asesorar a funcionarios municipales sobre determinado acto o actividad administrativa.¹⁹ En caso contrario —es decir, que integre una junta consultiva o asesore a funcionarios— dejará de ser ajeno al acto administrativo y su función de control se verá afectada.

II.F. Efectos

El control según sus efectos se clasifica en expresivo y suspensivo. El

químicas utilizadas para ello y el mismo resultado de la comprobación, es el agua. Si las sustancias utilizadas para comprobar la pureza del agua se le integran, tal líquido perdería, paradójicamente, su pureza”. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 877.

18. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó que pueda interpretarse que la facultad conferida al entonces Tribunal de Cuentas de la Nación a través del inciso a) del artículo 85 de la Ley de Contabilidad *sea integrativa de la voluntad del ente administrador* y que los actos de este solo *se perfeccionen cuando obtienen la conformidad de dicho tribunal*, y agregó que “considerarlo de tal manera implicaría necesariamente subordinar el Poder Administrador a un órgano de contralor que carece de jerarquía constitucional y que sería en consecuencia superior a aquel, produciéndose una alteración de la estructura de poderes obrantes en la Constitución Nacional, lo que resulta inadmisibles”. Además, dijo: “Que, por otra parte, otorgado dicho alcance a esa facultad posibilitaría la alteración de situaciones de hecho generadas en la propia conducta del administrador, sin que le quepa al administrador recurso alguno por las vías pertinentes”. CSJN, “Almagro, Luis A. c/ Gobierno Nacional”, considerandos 9, 10 y 11.

19. La Cámara en lo Contencioso Administrativo N°1 de la Ciudad de Paraná consideró que la Contaduría Municipal no tiene funciones de asesoramiento. Lo hizo al compartir y hacer propios los argumentos del Fiscal de Coordinación quien, en referencia a una conducta determinada de una Contadora Municipal, expresó que “[...] tal conducta resulta [...] improcedente por parte de la Contadora, puesto que ella no tenía funciones [...] de asesoramiento [...]”. *Cfr.* Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1 de la Ciudad de Paraná, “Retamar, Soledad c/ Municipalidad de Colonia Avellaneda y su acumulado s/ Contencioso Administrativo”, p. 30. Recuérdese que las funciones de asesoramiento recaen sobre el órgano consultivo municipal (denominado usualmente asesoría legal, cuyo funcionario a cargo es un abogado).

control expresivo, enseña Barra:

“Persigue solo detectar y *exhibir* la irregularidad, independientemente de los efectos del acto. Esta *puesta en evidencia* podrá eventualmente conducir a una suspensión de los efectos —si ello fuese posible tanto desde el punto de vista material como jurídico, pero siempre sujeto a la decisión del órgano competente al efecto, es decir, no una suspensión automática— o a un castigo al autor de la decisión (o eventualmente de la irregularidad). Pero normalmente este tipo de control, en sí mismo, perseguirá la mera exhibición de la situación, independientemente —reiteramos— de los efectos jurídicos, políticos o sociales que el descubrimiento podrá producir”.^{20 21}

Mientras que el control suspensivo, señala el mismo autor, “busca evitar que el acto controlado, si en tal ocasión se advierte su irregularidad, produzca sus efectos propios, esto es, antes de que el acto se convierta en ‘eficaz’”.

Los efectos que tienen los actos de un órgano de control determinado (por ejemplo, observaciones) deben estar establecidos expresamente en la legislación vigente.

II.G. Publicidad

Desde una mirada jurídica, el acto de control, en tanto se trata de un acto de la administración, no requiere su notificación personal o publicación para adquirir eficacia. Basta con la mera comunicación al órgano controlado. Sin embargo, desde otra mirada, Bielsa expresa:

“Toda investigación y sus resultados deben ser publicados detalladamente [...] los actos de contralor automáticamente deben ser difundidos cuando en los administrados hay un justificado interés directo en conocer las irregularidades comprobadas y que esas conclusiones deben hacerse en periódicos de solvencia moral y de responsabilidad, recomendando que se haga en primer lugar en el

20. BARRA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, p. 889.

21. La actividad de control puede, eventualmente, provocar efectos ajenos a los que le son propios: por ejemplo, revocación de la decisión objetada, inicio de investigaciones sobre responsabilidades patrimoniales, disciplinarias, políticas y/o penales, como así también iniciar una acción de “lesividad”.

órgano oficial de la Administración Pública".²²

Actualmente, se cumple con estas ideas republicanas, con la publicación de estos informes, en la página oficial del órgano de control correspondiente; luego, la prensa, si considera la información de relevancia periodística, le dará el tratamiento concerniente.

III. EL CONTROL PREVENTIVO INTERNO

III.A. El órgano de control interno: la Contaduría Municipal

El control interno de los actos administrativos relacionados con la hacienda municipal es realizado por la Contaduría Municipal, que es un órgano de titularidad unipersonal a cargo del contador municipal, designado por el Departamento Ejecutivo con acuerdo del Concejo Deliberante (art. 95 inc. d y art. 136 LOM). La cobertura del cargo de contador debe estar avalada por una fianza cuyo monto y clase será determinado por el Concejo Deliberante mediante ordenanza (art. 136 LOM). A diferencia del contador general de la provincia, que dura ocho años en su cargo, renovable por otro periodo igual más (art. 212 de la C.P.), el contador municipal tiene estabilidad en su cargo, mientras no mediare motivo alguno de remoción (art. 136 LOM). Depende jerárquicamente del presidente municipal (art. 110° Bis LOM) y funcionalmente del secretario de hacienda (art. 136 LOM).

III.B. Competencias de control preventivo

En relación con sus competencias de control preventivo, la Contaduría Municipal reproduce sustancialmente el esquema de control de su par provincial, la Contaduría General, con algunas variantes que referiremos.

Particularmente, la LOM dispone que el contador:

“Intervendrá preventivamente en todas las órdenes de compra y pago y las que autoricen gastos, sin cuyo visto bueno no podrán cumplirse, salvo el caso de insistencia por el Presidente Municipal, luego de haber aquel observado la orden o autorización,

22. BIELSA, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*.

debiendo el contador, en el caso de mantener sus observaciones, poner todos los antecedentes en conocimiento del órgano de control respectivo o del Tribunal de Cuentas si no lo tuviere, como del Concejo Deliberante" (art. 137 *in fine*).²³

Luego la misma ley regula innecesariamente lo mismo en el artículo siguiente:

"El contador está obligado a objetar por escrito todo gasto y pago, ordenando que no se ajustare a las disposiciones de esta ley, a las ordenanzas en vigencia o que no pudiere imputarse correctamente a determinado inciso del presupuesto o a la ordenanza que originó el gasto. Si el Departamento Ejecutivo insiste en la orden, el contador deberá cumplirla dando cuenta inmediatamente por escrito al Órgano de Control respectivo o al Tribunal de Cuentas, si no lo tuviere, y al Concejo Deliberante" (artículo 138).

Literalmente, del artículo 138 se desprende que el contador municipal realizará un control de legalidad, en tanto se requiere que compruebe si el acto se ajusta a las disposiciones de la LOM y a las ordenanzas que regulen la hacienda pública.²⁴ De aquí, podríamos interpretar que el contador debe objetar un acto contrario a las disposiciones de la LOM y a las ordenanzas que regulen la hacienda pública, pero no puede (ni debe) objetar un acto contrario a la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y/o tratados internacionales. Sin embargo, en nuestro marco constitucional, esta interpretación no es posible, dado que (conforme lo señalamos anteriormente) el contador municipal debe controlar si lo hecho es conforme a todo el ordenamiento jurídico vigente, es decir, debe realizar un control de juridicidad, y no de legalidad (en sentido estricto).

Además del control sobre el gasto, la Contaduría Municipal debe con-

23. Nótese que para denominar el acto de control refiere a "visto bueno", a diferencia de la Constitución Provincial que impropiaamente lo denomina "aprobación" para referirse a similar competencia de la Contaduría General. Decimos que lo hace impropiaamente dado que la aprobación, además de implicar un control de "legitimidad", también realiza un control de mérito, oportunidad o conveniencia del acto en cuestión, el cual, como dijimos, le está vedado a los órganos de control.

24. El contador municipal carece de competencias para realizar un control de gestión, mérito, oportunidad y/o conveniencia del gasto.

trolar los ingresos del tesoro en su etapa preventiva, concomitante y posterior. En este control, reviste particular significación el control de los ingresos originados en deudas tributarias municipales. Esta competencia de control surge genéricamente del referido artículo 137 que expresa: "competente al contador municipal [...] el control interno del movimiento financiero". Al respecto, recordamos que causa perjuicio a la hacienda pública tanto aquel gasto público realizado de manera irregular, como aquel recurso que se debió recaudar, pero nunca se recaudó.

En relación con el acto de control, debe tenerse presente que el visto bueno del contador no sana un acto jurídicamente nulo, ni la observación convierte en nulo, irregular o antijurídico un acto que no lo es.

En caso de formular observaciones, deberán ser comunicadas por escrito al órgano o dependencia en que se haya originado el acto y suspenderán su cumplimiento o el de la parte observada (impide que produzca efectos). La suspensión del acto afecta su eficacia. Por ello, deben extremarse los recaudos en su aplicación.

Este efecto suspensivo del acto administrativo dura hasta tanto ocurran cualquiera de estos dos actos: a. *Subsanación*: el órgano que dictó el acto repara o remedia las causales que motivaron la observación; b. *Insistencia*: ocurre cuando el presidente municipal estima que, no obstante la observación formulada, el acto administrativo debe cumplirse por resultar ajustado a derecho, es decir, discrepa con el criterio del contador municipal. La insistencia se realiza bajo la exclusiva responsabilidad del presidente municipal y releva de responsabilidad al contador.

Obsérvese que, a diferencia del modelo provincial, que ubica el derecho de insistencia en un concurso de voluntades de varios funcionarios ("acuerdo de ministros"), el ámbito municipal lo ubica exclusivamente como atribución del presidente municipal (arts. 137 y 138 LOM), sin requerir, aunque resulte conveniente, que lo suscriban los secretarios.

Si, por el contrario, la administración optara directamente por ejecutar el acto observado (sin insistencia previa) por aplicación de los principios generales, estaría cometiendo un hecho irregular y los actos de ejecución serán anulables.

En caso de insistencia del presidente municipal a un acto observado, la ley exige que el contador ponga "todos los antecedentes en conocimiento del órgano de control respectivo o del Tribunal de Cuentas". La expresión "órgano de control respectivo" refiere a los órganos de control locales que prevé el artículo 238 inc. d. de la CP, que hasta la fecha no han sido creados, por lo

que, hasta que ello no ocurra, deberán ser remitidos al Tribunal de Cuentas Provincial.²⁵ Junto con ello, debe remitir los antecedentes al Concejo Deliberante. Esta es otra diferencia con el modelo provincial, que exige al contador dar publicidad a la cuestión, en lugar de remitirla al órgano legislativo.

III.C. Omisión de control preventivo: responsabilidad del contador municipal

Tal como señalamos anteriormente, la LOM establece:

“El contador está obligado a objetar por escrito todo gasto y pago, ordenando que no se ajustare a las disposiciones de esta ley, a las ordenanzas en vigencia o que no pudiese imputarse correctamente a determinado inciso del presupuesto o a la ordenanza que originó el gasto...” (art. 138, el destacado es nuestro).

De aquí se desprende que la objeción del acto contrario a la ley u ordenanzas se erige como un deber jurídico del contador municipal, cuyo incumplimiento puede eventualmente tener relevancia en los diferentes ámbitos de responsabilidad de este funcionario público.

En este sentido, Bielsa indica:

“El hecho de no objetar decretos y resoluciones ilegales implica responsabilidad para los funcionarios competentes de la Contaduría General, si el examen de la legalidad lo impone la naturaleza misma del acto (decreto o resolución)”.²⁶

Y, por su parte, Marienhoff señala:

“Por excepción, el órgano ‘controlante’ [...] será responsable por las consecuencias del acto que autoriza: 1) cuando entre dicho órgano y el órgano controlado haya connivencia dolosa (el dolo justifica una excepción a las reglas generales); 2) cuando el acto viola la ley y, no obstante, es autorizado. Esa violación legal afecta al acto y responsabiliza a los dos órganos o autoridades que lo han generado o

25. La normativa omite regular el plazo que tiene el contador para comunicar al órgano de control la insistencia a su observación que hiciese el presidente municipal.

26. BIELSA, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, p. 111.

integrado, en cuyo supuesto cada una de las dos decisiones es ilícita".²⁷

Con pretensión de regular esta cuestión, aunque sin éxito, la LOM establece:

"El Presidente Municipal que imparta una orden de pago ilegítima, el contador que no la observe y el tesorero que cumpla sin el previo visto bueno del contador, son civil, administrativa y penalmente responsables de la ilegalidad del pago" (artículo 139, LOM).²⁸

Una rápida lectura de la norma nos llevaría a pensar que atribuye responsabilidad civil, administrativa y penal a tres funcionarios municipales ante las conductas que describe. Sin embargo, no es así. La norma carece de contenido normativo. La responsabilidad civil, penal y administrativa, surgirá en caso de que se configuren los presupuestos propios de cada ámbito de responsabilidad, independientemente de la atribución genérica de responsabilidad que pretende realizar esta norma. A modo de ejemplo, podemos decir que, aunque el presidente municipal imparta una orden de pago ilegítima, el contador no la observe y el tesorero la cumpla sin el previo visto bueno del contador, no existiría responsabilidad civil de ninguno de ellos, si no existe daño, o ante las mismas conductas, no existirá responsabilidad penal, si estas no se encuentran tipificadas.

Sin perjuicio de ello, debemos advertir que el legislador provincial no tiene atribuciones para regular la responsabilidad civil, ni tampoco la penal, dado que son competencias delegadas por las provincias al Estado federal (arts. 75 inc. 12 y 126 CN).

27. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 667.

28. Ante el incumplimiento del procedimiento de contratación, la LOM indica que el funcionario encargado de la oficina de adquisición y suministro será personalmente responsable de los perjuicios que se produzcan como consecuencia del incumplimiento de los procedimientos de contratación prescriptos por esta ley y por las ordenanzas y decretos que regulen sobre la materia (art. 158 último párrafo).

IV. EL CONTROL PREVENTIVO EXTERNO

IV.A. El órgano de control externo: el Tribunal de Cuentas de la Provincia

Existen dos modelos o paradigmas de control público externo: el modelo de Tribunal de Cuentas y el modelo de Auditoría. Sin embargo, solo en uno ellos —como luego veremos— el control preventivo encuentra su ámbito.

El *modelo de Tribunal de Cuentas* tiene las siguientes características: a) es de raíces europeas (surgieron en las monarquías absolutas entre siglos XIV y XVI); b) tiene dirección colegiada (tribunales o cortes de cuentas); c) posee funciones jurisdiccionales que les permiten establecer la responsabilidad contable y la responsabilidad administrativa del funcionario público (es precisamente la cuenta y el juicio sobre esta lo que le da su nombre al tribunal); d) tiene funciones de fiscalización cuya principal herramienta es la auditoría; y e) realiza un control preventivo, concomitante y posterior.

El *modelo de Auditoría* tiene las siguientes particularidades: a) es de raíces anglosajonas; b) se encuentran bajo dirección unipersonal; c) no tiene funciones jurisdiccionales y por lo tanto no declara la responsabilidad contable y/o patrimonial del funcionario público; d) se limita al control de desempeño, es decir, de eficacia, eficiencia y economicidad, cuyo medio de control es la auditoría (emite informes que contienen observaciones y recomendaciones de carácter facultativo, no vinculante); y d) es por esencia un control posterior (no ejerce un control preventivo de legalidad).

En lo que aquí interesa, obsérvese que el modelo de Tribunal de Cuentas ejerce un control preventivo, concomitante y posterior, mientras que el modelo de Auditoría es por esencia un control posterior (no ejerce un control preventivo). En esta distinción, subyace una cuestión ideológica inspirada en las ideas propias de las “teorías de la nueva gestión pública”, basadas en conceptos de la empresa y proyectadas directamente al sector público.

Con sus propias características y particularidades, el modelo de Tribunal de Cuentas es seguido en todas las provincias argentinas, excepto Salta,

y el de Auditoría es seguido por esta última provincia, el Estado nacional,²⁹ y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por mandato constitucional, en la Provincia de Entre Ríos impera el modelo de Tribunal de Cuentas (*Cfr.* art. 213 CP). Este se erige como un órgano autónomo de control externo, compuesto por cinco miembros³⁰ con jerarquía constitucional y acentuada especialización técnica. Sus competencias específicas, determinadas por el artículo 213 de la Constitución Provincial, son: a) juzgar la responsabilidad contable del cuentadante (en el denominado "juicio de cuentas"); b) juzgar la responsabilidad patrimonial del funcionario público;³¹

29. En el año 1992, mediante la ley N° 24.156, el Estado nacional mutó del modelo de control de Tribunal de Cuentas hacia el modelo Auditoría, el cual adquirió jerarquía constitucional en el año 1994. La eliminación de las facultades jurisdiccionales del órgano de control y los instrumentos de control preventivo fueron los cambios sustanciales en el control del Estado federal, operados por la reforma.

30. Un presidente con título de abogado y dos vocales con título de contador público son designados previo concurso público. Los otros dos vocales son designados en representación parlamentaria de la mayoría y la primera minoría de la Cámara de Diputados, con título de abogado o de contador público, teniendo mandato hasta el término del período constitucional (art. 214 CP). Sin embargo, esta composición del Tribunal constitucionalmente prevista aún no tiene cumplimiento efectivo, dado que actualmente está integrado por un presidente con título de abogado y dos vocales con título de Contador Público, conforme lo ordenaba la Constitución de 1933 en su artículo 143.

31. Esta competencia surge implícitamente del artículo 213 de la Constitución Provincial, que establece: "[...] Las resoluciones sobre las cuentas y las responsabilidades podrán ser apeladas ante el fuero contencioso administrativo...". En tanto refiere a que podrán apelarse las resoluciones sobre "las responsabilidades" que dicte el Tribunal de Cuentas, implícitamente atribuye competencia para juzgar la responsabilidad patrimonial del funcionario público. Descartamos la posibilidad que se refiera a otro tipo de responsabilidad dado que históricamente los Tribunales de Cuentas juzgaron dos responsabilidades: una la referida (patrimonial), y la otra, la responsabilidad de cuentas (o contable), la cual la misma norma previamente refirió. Sin embargo, la ley N° 5.796 establece que el Tribunal de Cuentas solamente examina los supuestos en que la responsabilidad patrimonial del funcionario público provincial o municipal pudiera tener lugar, y remite sus conclusiones y antecedentes al fiscal de Estado para que proceda a promover ante el juez competente la demanda por resarcimiento de los perjuicios irrogados. Es decir, ubica esta competencia en el Poder Judicial. Este último criterio procedimental es el que rige en la práctica. Actualmente, esta responsabilidad está regulada en sus aspectos sustanciales y procedimentales, entre otras, por las siguientes normas: artículo 213 de Constitución de Entre Ríos, artículos 48 y 49 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (ley N° 5.796), Decreto 5.984 dictado por la Gobernación de la Provincia de Entre Ríos (el día 26 de noviembre de 1993), Acordada 147/93 del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos y el artículo 41 del Reglamento Interno del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos (aprobado por Acordada N° 214 TCER, TO por Acordada N° 268 TCER).

c) dictaminar sobre el informe del Poder Ejecutivo de ejecución presupuestaria y resultados de la gestión financiera que este presenta a la Legislatura; d) ejercer la auditoría de la administración pública, entes autárquicos, empresas del Estado y todo otro organismo estatal que administre, gestione, erogue e invierta recursos públicos; y e) realizar el control preventivo de la hacienda pública.

En el ámbito municipal, la Constitución Provincial dispuso que las cartas orgánicas deberán asegurar "[...] un organismo de control externo de las cuentas públicas" (art. 238 inc. d.). Este mandato está dirigido exclusivamente a los municipios que pueden dictar su carta orgánica, es decir, los que cuentan con más de diez mil habitantes. Obliga al constituyente municipal ("deberán asegurar") a establecer un organismo de control externo, y al hacerlo, deja abierta la posibilidad a que se opte por cualquier modelo de control (Tribunal de Cuentas o Auditoría). Es, sin dudas, un buen criterio.

Luego de dictada esa disposición constitucional, se introdujo dentro en la LOM una norma que faculta a los concejos deliberantes a crear órganos de control municipal. El artículo 95 de la referida ley dispuso que estos:

"q) Podrán crear por ordenanza un órgano con autonomía funcional y dependencia técnica del Cuerpo, que tendrá a su cargo el control de legalidad y auditoría contable de la actividad municipal centralizada y descentralizada. La misma establecerá objetivos, finalidades, funciones, designaciones y remociones. Entenderá en el trámite de aprobación o rechazo de las cuentas ejecutadas de percepción e inversión de los fondos públicos, ello sin perjuicio de los controles establecidos por la Constitución u otra ley y en coordinación y sujeto a instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia. La ordenanza referida requerirá aprobación de mayoría simple, con la presencia de por lo menos los dos tercios del total de los integrantes del Cuerpo".

Esta disposición es objetable. Obsérvese que, en forma contradictoria, por un lado, le otorga autonomía funcional al órgano de control municipal y, por otro lado, la elimina o restringe, dado que lo ubica bajo dependencia técnica del Concejo Deliberante. Además, lo sujeta a instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia. Sumado a eso, posibilita la existencia de tres órganos con competencias de control público preventivo de la hacienda pública municipal; uno interno: Contaduría Municipal, y dos externos: el Tribunal de Cuentas de la Provincia y el órgano de control externo municipal. Es, sin dudas, excesivo e

innecesario. Y, por último, se advierte que tal como está estructurado el funcionamiento del órgano de control local, se erige como un obstáculo a la plena autonomía municipal, dado que ubica al órgano de control externo municipal bajo instrucciones del Tribunal de Cuentas de la Provincia, en lugar de reemplazarlo en sus funciones, tal como, inspirado en la autonomía municipal, lo hace la Constitución Provincial para los municipios con más de diez mil habitantes.

Es así que los municipios de más de diez mil habitantes tienen la opción de crear, mediante Carta Orgánica municipal, un órgano de control municipal que reemplace en sus funciones de control al Tribunal de Cuentas de la Provincia y actúe con autonomía funcional (art. 238 inc. d. CP). En cambio, los municipios de diez mil habitantes o menos no tienen esa opción: deben crear el órgano de control local conforme los recaudos establecidos en la objetable disposición comentada (art. 95 LOM).³²

Actualmente, el Tribunal de Cuentas de la Provincia controla la totalidad de los municipios dado que ninguno ha creado su propio órgano externo de control público, sea mediante ordenanza o dictado de su carta orgánica.³³

Esta realidad, es decir, el control externo municipal en manos de un órgano provincial es un obstáculo más en la larga lucha de los municipios por su plena autonomía. En rigor, el control de la hacienda pública municipal, en un marco de plena autonomía de los municipios, debe hacerse por un órgano o ente municipal. Otra solución, implica un límite a la plena autonomía municipal.

32. En términos generales, los órganos de control público usualmente transcurren por tres etapas. En la primera, directamente no existen; en la segunda existen, pero el control es "simulado", y en la tercera, existen y el control es real. Sin dudas, la segunda etapa (que puede durar décadas) es la más nociva para el control público, porque hay una "ficción" de control. Es por eso que, luego de instituidos, el principal desafío de los futuros órganos de control municipal es dirigirse directamente a la tercera etapa, sin recaer en la segunda.

33. En ámbito de la Convención Constituyente de 2008, el convencional Federik afirmó: "[...] nuestra reforma constitucional habilita la autonomía municipal, y se está trabajando con mucho vigor en la Comisión de Régimen Municipal para dotar de autonomía a los municipios, y que estos municipios van a poder fijar sus propios órganos de control, pero mientras no los tengan van a estar sujetos al Tribunal de Cuentas". En el mismo sentido, el Convencional Monge dijo: "El Tribunal de Cuentas ejerce y seguirá ejerciendo el control sobre la gran mayoría de los municipios ya que, pese a las reformas que seguramente esta Convención va a introducir, muchos de ellos no contarán con los organismos de control propios, es decir, seguirá ejerciendo el control de la Hacienda municipal en muchos municipios y de todas las Juntas de Gobierno". *Cfr.* Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10a sesión ordinaria, 16/05/2008.

IV.B. Competencias de control preventivo

En relación con las competencias de control preventivo del Tribunal de Cuentas sobre actos de contenido hacendal de los municipios, afirmamos que este *puede* realizar un control preventivo desde el origen (limitado a dar “instrucciones” o “recomendaciones”) en todos los actos y contrataciones municipales, sin que sea para ello imprescindible su reglamentación.

Ello en tanto el artículo 213 inciso 3° de la Constitución Provincial atribuye competencia al Tribunal de Cuentas para:

“[...] formular instrucciones y recomendaciones tendientes a prevenir o corregir cualquier irregularidad vinculada con los fondos públicos, sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o mérito que determinaron el gasto”.^{34 35}

Aplicados a nuestra materia, los principales términos de este inciso tienen los siguientes significados: *instruir*, significa comunicar conocimientos vinculados al correcto manejo de la hacienda pública municipal;³⁶ *recomendar*, es pedir que se tomen determinados cuidados en el manejo de la hacienda pública, para el bien de la misma; *prevenir*, implica adoptar y disponer con anticipación lo necesario para evitar que se produzca cualquier irregularidad³⁷ en el manejo de la hacienda

34. Por su parte, la ley N° 5.796 establece que corresponde al Tribunal de Cuentas “Ejercer el contralor externo de la gestión financiero-patrimonial de la Administración Pública Municipal...” (art. 40 inc. 1).

35. Sumado a ello, otra disposición constitucional establece el deber del Tribunal de Cuentas de controlar determinadas contrataciones: “En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen, sin perjuicio de la verificación posterior correspondiente a la inversión de la renta. En estos supuestos, la ley deslindará las competencias del Tribunal de Cuentas y de la Contaduría” (art. 213). El concepto jurídico ‘contrataciones de alta significación económica’ deberá ser determinado por ley. Actualmente, sin hacer referencia a las Municipalidades, se encuentra en trámite legislativo la ley que regula el control preventivo del Tribunal de Cuentas de la provincia en los procedimientos de contrataciones llevados a cabo por el Estado provincial, sus entes descentralizados, autárquicos y empresas del Estado.

36. Debe descartarse darle a la palabra “instruir” el significado de mandato, orden, imposición o similar.

37. Cabe aclarar que la norma utiliza la expresión “irregularidad” en un sentido genérico, no en el técnico propio de la teoría de las nulidades del acto administrativo.

pública; y por último, *corregir* es enmendar las irregularidades en el manejo de la hacienda pública.

De lo hasta aquí expresado, se desprende que el Tribunal de Cuentas tiene competencia para comunicar a la Municipalidad controlada conocimientos y saberes vinculados al correcto manejo de la hacienda pública y/o pedir que se tomen determinados cuidados en el manejo de esta, tendientes a que se adopten y dispongan con anticipación las medidas necesarias para evitar que se produzcan irregularidades, o bien, una vez producidas, se las enmiende, en tanto ello fuere posible.

Sin dudas, la disposición comentada otorga implícitamente competencia al Tribunal de Cuentas para realizar una actividad de control. Es así, porque para que el Tribunal pueda formular, particularmente, instrucciones y recomendaciones tendientes a corregir cualquier irregularidad vinculada con los fondos públicos, debe previamente constatar la existencia de una determinada irregularidad, y para ello es necesario realizar una comparación entre lo debido y lo real, es decir, ejercer una actividad de control.³⁸

En claro esto, cabe dar un paso más en el análisis y preguntarnos desde qué momento se realiza tal control. La expresión "cualquier" referida a "irregularidad vinculada con los fondos públicos", denota indeterminación o indistinción de momento alguno, por lo que cabe concluir que el texto constitucional atribuye competencia al Tribunal de Cuentas para ejercer el control desde el origen (es decir, se incluye el control preventivo, concomitante y posterior).

Es así que, sobre la base de la norma comentada, el Tribunal de Cuentas tiene potestad para ejercer el control desde el origen de todos los actos vinculados a la hacienda pública municipal.

Llegado a este punto, cabe hacerse una pregunta sustancial: ¿qué efectos tiene ese control? Anteriormente, indicamos que el control preventivo puede ser suspensivo o expositivo, es decir, puede suspender el acto o limitarse a detectar y exhibir la irregularidad (puesta en evidencia), sin producir suspensión de efectos alguna. En este contexto, es claro que el tipo de control del artículo 213 inciso 3 de la Constitución Provincial se asemeja a este último, es decir, es un control expositivo. Ello porque el

38. En este sentido, el mismo Tribunal de Cuentas de Entre Ríos, ubica las instrucciones y recomendaciones dentro de las funciones de control administrativo. *Cfr.* URL <http://www.tcer.gob.ar/galeria/funciones.pdf>

texto constitucional utiliza las expresiones "instruir" o "recomendar" (y no el vocablo "suspender" o una expresión que lo implique). Es, nos parece, un buen criterio.

Por otro lado, la norma expresamente aclara que le otorga tales competencias al Tribunal de Cuentas "sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o mérito que determinaron el gasto", es decir, le impide al Tribunal confrontar la decisión tomada por un órgano, con su propio criterio político de "oportunidad" o "mérito".

En suma, el Tribunal de Cuentas tiene potestad constitucional para ejercer el control desde el origen en todos los actos administrativos vinculados a la hacienda pública municipal y, en función de ello, efectuar instrucciones o recomendaciones.

V. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, brevemente indicaremos que el control preventivo se erige como una herramienta fundamental para prevenir el daño a la hacienda pública municipal. Sin embargo, es un instrumento con escaso empleo, el cual, necesariamente, debe ser recobrado.

Para crear el ámbito propicio para que ello ocurra, se deben realizar reformas legales que exceden el marco del instituto del control preventivo en sí y se proyectan directamente a los órganos de control interno y externo que lo ejercen. Decimos que exceden el marco del instituto en sí, dado que este cuenta con los instrumentos normativos idóneos para desarrollarse eficazmente.

En función de ello, y en relación con el órgano de control interno, creemos necesarias tres modificaciones sustanciales. En primer lugar, la Contaduría Municipal se debe erigir como un *órgano con autonomía funcional* dado que es inconveniente que controle los actos que emiten sus superiores jerárquicos: el presidente municipal y el secretario de hacienda. También, desde la mirada de la división de funciones (deliberativas y ejecutivas), es inconveniente que la Contaduría, en su condición de órgano dependiente jerárquicamente del Departamento Ejecutivo, tenga competencia para efectuar el control preventivo de los actos administrativos con contenido económico-financiero que dicta el Concejo Deliberante. En segundo lugar, es necesario establecer un *límite temporal en el ejercicio del cargo* de contador municipal. Respecto de este, propiciamos que sea un límite amplio (por ejemplo, ocho o dieciséis años). Y, por último, la

designación del contador municipal debería realizarse previo *concurso público*, para cumplir así la manda constitucional inserta en el artículo 36 que dispone que los habitantes deben ser designados en los empleos públicos municipales previo concurso que asegure su idoneidad.

A tales fines, una futura reforma legal debería inspirarse en el modelo de control que la Constitución Provincial establece para el ámbito provincial: la Contaduría General es un órgano de control autónomo, su máxima autoridad dura ocho años en sus funciones, puede ser reelecto (es decir, puede permanecer dieciséis años en el cargo como máximo) y se designa por concurso. En caso de trasladarse estos postulados al ámbito municipal, deberá ser para aquellos contadores que accedan al cargo luego de que la norma entrara en vigencia (y no para los que ya estuvieran en funciones).

En relación con el modelo de control externo municipal, resulta necesario que, a más de diez años de la reforma constitucional, se dicten prontamente las cartas orgánicas municipales, y que se establezca el organismo local de control externo de las cuentas públicas que ella ordena. Entre los modelos de control existentes, es decir entre el modelo de Tribunal de Cuentas (adoptado por la gran mayoría de los Estados provinciales) y el modelo de Auditoría General (adoptado por el Estado nacional), es conveniente optar por aquel y determinar que el acceso a sus cargos sea por concurso público, tal como prevé genéricamente el referido artículo 36 de la Constitución Provincial.

En función de las premisas indicadas, se creará el ámbito orgánico propicio para el ejercicio eficaz del control preventivo de los actos administrativos municipales vinculados directa o indirectamente con la hacienda pública.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRA, Rodolfo C., *Tratado de derecho administrativo*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, Buenos Aires, Tomo III.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, 2005, Buenos Aires, Tomo III.
- BIELSA, Rafael, *Régimen jurídico de la contabilidad pública*, Roque Depalma, 1955, Buenos Aires.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Almagro, Luis Ángel. c/ Estado Nacional s/ ordinario", 22/12/1982.

- DROMI, José R., *Introducción al derecho administrativo*, Grouz, 1986, Madrid.
- GONZÁLEZ ELÍAS, Hugo R., *Nuevo Régimen Municipal Entrerriano*, Vicegubernación de Entre Ríos, Honorable Cámara de Senadores, 2011, Paraná.
- GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal al derecho administrativo: La convención interamericana contra la corrupción", en *La Ley*, 1997-E, pp. 101-119, reproducido, con modificaciones, en la conferencia *La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción*, en el V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses, Asesoría General de Gobierno, 1998, La Plata, URL https://www.gordillo.com/cv/art_2.pdf
- IVANEGA, Miriam M., *Control público. Administración. Gestión. Responsabilidad*, Astrea, 2016, Buenos Aires.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo Perrot, 1965, Buenos Aires, Tomo I.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, "El control del poder público en la Constitución Española", en DROMI, Roberto & ZAENZ, Jorge (coord.), *La Constitución Argentina de nuestro tiempo*, Ciudad Argentina, 1996, Buenos Aires.
- Provincia de Entre Ríos, Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, 10a sesión ordinaria, 16/05/2008.
- ROSATTI, Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed. ampliada, Rubinzal Culzoni, 2010, Santa Fe, Tomo I.
- , *Tratado de derecho municipal*, 4ª ed., Rubinzal Culzoni, 2012, Santa Fe, Tomo II.
- SESÍN, Domingo, "Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas" en COMADIRA, Julio R. & RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime & MARAFUSCHI, Miguel Á. y otros/as, *Control de la Administración Pública*, RAP, 2003, Buenos Aires.
- , "El contenido de la tutela judicial efectiva con relación a la actividad administrativa discrecional, política y técnica," en SESÍN, Juan D., *El derecho administrativo en reflexión*, RAP, 2011, Buenos Aires, URL www.acaderc.org.ar